

Wojciech Górowski

Zastępcze macierzyństwo a prawo karne – ocena obecnego stanu prawnego

Problematyka zastępczego macierzyństwa w perspektywie prawnokarnej nie doczekała się w dotychczasowej literaturze większej uwagi¹. Liczba tekstów jej poświęconych (czy też fragmentów większych opracowań) jest niewielka². Niniejszy artykuł nie jest monograficznym studium na ten

¹ Znaczniej częściej omawiane są cywilne i filiacyjne aspekty tego zjawiska, oraz prowadzone są badania prawnoporównawcze. Por. np. J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 3, s. 43–60; M. Mikluszką, *Czy można kupić dziecko, czyli problemy prawne i etyczne związane z macierzyństwem zastępczym*, w: *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 322–337; M. Safian, w: *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2000, s. 292–305; M. Fras, D. Błażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2008, nr 6, s. 31–67; Z. Peplowska, *Zastępcze macierzyństwo w prawie USA*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 6, s. 33–47; S. Oraniec, *Umowy o macierzyństwo zastępcze według common law w Australii*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 1, s. 112–123.

² M. Gałązka, *Prawo karne wobec zastępczego macierzyństwa*, w: *Ius et Lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2002, s. 117–131; S. Tarapata, *Problematyka zawierania i wykonywania umów o tzw. „macierzyństwo zastępcze” w kontekście zastosowania normy sankcjonującej wynikającej z przepisu art. 253 § 1 k.k. – penalizującej handel ludźmi*, referat wygłoszony dn. 28 III 2009 r. w Krakowie podczas konferencji: *Handel ludźmi na tle regulacji krajowych i międzynarodowych prawa karnego materialnego i procesowego. Rodzaje, zwalczanie, zapobieganie*; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, w szczególności rozdz. VII, s. 319–384; J. Postulski, *Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego*, Gdańsk 2007, s. 234; V. Konarska-Wrzesiek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 140. Zaznaczyć jednak trzeba, że dwoje wskazanych na końcu autorów nie pisze o zastępczym macierzyństwie, a jedynie rozważa penalizację zachowania polegającego na organizowaniu adopcji przed narodzeniem się dziecka w perspektywie obowiązującego do 8 IX 2010 r.

temat, ale wskazaniem na problemy związane z nowelizacją Kodeksu karnego z dnia 20 maja 2010 r.³, a także na luki, jakie występują w systemie prawnym w tej materii. Obejmują one nie tylko regulacje prawnokarne, ale bez większego ryzyka pomyłki można powiedzieć, że problemy, z którymi musi się stykać w tym zakresie prawo karne, są efektem braku regulacji w prawie cywilnym, rodzinnym czy administracyjnym⁴. Stan prawny, w którym tego typu zjawisko nie jest opisane przepisami prawa pozytywnego, uznać trzeba za bardzo niepożądany⁵. Nikogo nie trzeba przekonywać, że budzi ono poważne kontrowersje etyczne i moralne. Mając na uwadze, jakich dóbr prawnych dotyka, konieczna jest w tym zakresie wypowiedź ustawodawcy.

Rozważania trzeba rozpocząć od wytłumaczenia, co faktycznie oznacza zjawisko zastępczego macierzyństwa. Badania nad nim najwcześniej prowadzone były w krajach anglosaskich, a ich wyniki zostały recypowane w polskim piśmiennictwie. Na użytek niniejszego artykułu przyjmuję, iż macierzyństwo zastępcze, to praktyka polegająca na tym, iż kobieta pozostaje w ciąży dla innej kobiety z zamiarem przekazania jej dziecka po porodzie⁶. Definicja ta jest jedną z pierwszych, jakie zostały wykreowane i w zasadzie na jej podstawie tworzone były kolejne. Oparta zaś została na badaniach prowadzonych w Wielkiej Brytanii przez Mary Warnock⁷. Za jej

art. 253 § 2 k.k. Por. też w tej perspektywie: R. K r a j e w s k i, *Przestępstwo nielegalnego organizowania adopcji*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 10, s. 18–19. Podkreślić też trzeba, że próżno doszukiwać się wypowiedzi dotyczących wprost zastępczego macierzyństwa u komentatorów przepisów art. 253 k.k., a obecnie art. 189a § 1 czy art. 211a k.k.

³ Dz.U. Nr 98, poz. 626. Ustawa weszła w życie 8 IX 2010 r., wprowadzając do Kodeksu karnego legalną definicję handlu ludźmi, a także zmieniając systematykę kodeksu w zakresie penalizacji tego zjawiska, jak i przestępstwa organizowania nielegalnej adopcji.

⁴ Już w 2006 r. sygnalizował je M. N e s t o r o w i c z, *Prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 2, s. 5–8. Braki regulacji w tym zakresie potwierdził Adam Fronczak, podsekretarz stanu w Ministerstwie Zdrowia w odpowiedzi z dn. 25 VI 2008 r. na interpelację poselską nr 3165, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/3A6473C4>.

⁵ L. Bosek, analizując konstytucyjne modele regulacji zagadnień wspomaganej prokreacji, określa brak regulacji jako „model pierwotny” i odnosi się do niego krytycznie. L. B o s e k, *Modele regulacyjne wspomaganej prokreacji w świetle standardów konstytucyjnych*, w: *Współczesne wyzwania...*, op. cit., s. 156–162.

⁶ *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Her Majesty's Stationery Office*, London 1984, s. 42, http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf.

⁷ M. W a ł a c h o w s k a, *Macierzyństwo zastępcze w systemie common law*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 8, s. 99.

pomocą, mając na uwadze, że jest to pewna praktyka, można opisać wiele różnych zachowań, mogących podlegać ocenie z punktu widzenia realizacji znamion różnych typów czynów zabronionych. Przytoczoną definicję próbuje się w różnym kierunku modyfikować, np. dodając do niej kryterium zrzeczenia się praw rodzicielskich przez kobietę, która dziecko urodziła, czy też przeniesienia ich na konkretne osoby⁸. Nie jest w tym miejscu konieczne jej uszczegóławianie⁹. Żaden polski akt prawny nie zawiera zresztą takiego określenia. Łatwo więc zauważyć, że to zjawisko nie poddaje się w łatwy sposób kategoryzacji.

Na problem zastępczego macierzyństwa dodatkowo nakłada się zagadnienie stosowania pozaustrojowych technik medycznych celem dokonania zapłodnienia, czy też transferu embrionu lub gamet¹⁰. Zakreślając ramy rozważań, wskażę zachowania, które można uznać za praktykę macierzyństwa zastępczego oraz te, które są z nią związane i też mogą pozostawać w orbicie zainteresowań prawa karnego. Nie dokonuję w tym miejscu żadnego ograniczenia podmiotowego. Oczywiście wydaje się dokonywanie oceny zachowań osób szczególnie zainteresowanych tym procesem, to jest dawców gamet (rodziców genetycznych), kobiety, która rodzi dziecko (matki biologicznej), czy osób, które chcą je wychowywać, a nie są z nim genetycznie czy biologicznie związani (rodzice socjologiczni)¹¹. Nie można jednak zapominać o wszelkiego rodzaju pośrednikach uczestniczących w tej praktyce, np. o sędzim, który wydaje postanowienie o przysposobieniu, czy o osobie, która kojarzy zainteresowane strony. Przyjęcie takiej optyki pozwala, moim zdaniem, na odejście od prezentowanego w dotychczasowym piśmiennictwie ujęcia, które analizuje zastępcze macierzyństwo tylko w perspektywie dotychczasowego art. 253 k.k., penalizującego w § 1 handel ludźmi, zaś w § 2 organizowanie adopcji wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej¹². Mając na uwadze możliwe łączenie się

⁸ Por. np. J. Holocher, M. Soniewicka, *op. cit.*, s. 44; M. Safian, w: *Prawne problemy...*, *op. cit.*, s. 292.

⁹ Por. np. J. Holocher, M. Soniewicka, *op. cit.*, s. 44–45; M. Fras, D. Błazewicz, *op. cit.*, s. 32–36.

¹⁰ Nazewnictwo medyczne przyjmuję w rozumieniu nadanym mu przez art. 3 projektu ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw – www.law.uj.edu.pl/karne/index.php/Remository/View-details/INNE-MATERIALY/137-Projekt_ustawy_o_ochronie_genomu_ludzkiego_i_embrionu_ludzkiego_oraz_Polskiej_Radzie_Bioetycznej.pdf.

¹¹ Terminologię zaczerpnąłem z J. Holocher, M. Soniewicka, *op. cit.*, s. 44–45. Jest to nazewnictwo powszechnie używane w polskim piśmiennictwie.

¹² Tak M. Gałązka, *Prawo karne wobec zastępczego...*, *op. cit.*, s. 120–124. Obecnie art. 189a § 1 k.k. i art. 211a k.k.

tej tematyki z problemami prokreacji pozaustrojowej, w sytuacji, gdy zarodek jest tworzony poza organizmem matki i transferowany do ciała surogatki, spróbuję ująć ją jako całość¹³. Zatem do wyobrażenia są następujące zachowania, które można opisać jako macierzyństwo zastępcze rozumiane jako pewna praktyka (zbiór różnych zachowań):

- ogłoszenie o sprzedaży/darowiźnie gamet;
- ogłoszenie o noszeniu ciąży (zarówno gdy dotyczy ono dziecka biologicznego, jak i transferu embrionu do macicy obcej genetycznie kobiety);
- ogłoszenie o pośrednictwie w zawieraniu umowy;
- poszukiwanie stron umowy (matki biologicznej, rodziców genetycznych i socjologicznych);
- stworzenie ludzkiego embrionu;
- transfer embrionu;
- diagnostyka przedimplantacyjna, pobranie komórek macierzystych z embrionu, zamrożenie embrionu, zniszczenie embrionów nadliczbowych;
- zawarcie umowy o zastępcze macierzyństwo;
- niewywiązanie się z takiej umowy;
- zrzeczenie się przez rodziców biologicznych praw rodzicielskich;
- przekazanie dziecka rodzicom socjologicznym;
- wystąpienie przez rodziców socjologicznych z wnioskiem o przysposobienie;
- orzeczenie przez sąd przysposobienia przez rodziców socjologicznych;
- oświadczenie ojca socjologicznego o uznaniu dziecka;
- zapłata wynagrodzenia na rzecz pośrednika/firmy zajmującej się organizowaniem zastępczego macierzyństwa.

Podane wyliczenie ma oczywiście charakter przykładowy. Nie sposób analizować po kolei poszczególnych zachowań, lecz ich wymienienie pozwala na przyjęcie pewnej perspektywy badawczej, to jest wyodrębnienie trzech etapów czasowych w praktyce macierzyństwa zastępczego: stworzenie embrionu i jego transfer, okres ciąży oraz przekazanie dziecka rodzicom socjologicznym. Zaproponowany podział ma jedynie ułatwić spojrzenie na problem, gdyż poszczególne zachowania mogą zaistnieć w różnych momentach czasowych. Na przykład zawarcie umowy o za-

¹³ Przyznać trzeba, że ocena tego, kto mógłby podlegać odpowiedzialności karnej, jest bardzo trudna z uwagi na aksjologiczne i moralne dylematy jakie stoją przed osobami zaangażowanymi w jakikolwiek sposób w macierzyństwo zastępcze. Moim zdaniem najpierw należy odpowiedzieć na pytanie o przedmiotowy, a dopiero potem o podmiotowy zakres penalizacji.

stępce macierzyństwo może nastąpić przed stworzeniem embrionu albo dopiero w trakcie ciąży.

Analizując pierwszy z czasowych etapów praktyki zastępczego macierzyństwa, to jest stworzenie embrionu i jego transfer (o ile ma to miejsce), stwierdzić trzeba, iż tego typu zachowania nie są karalne i w prawie polskim nie stanowią przestępstwa ani wykroczenia¹⁴.

W szczególności nie realizują znamion typów czynów zabronionych opisanych w rozdziale 10 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów¹⁵. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy, jej przepisów nie stosuje się do pobierania, przeszczepiania komórek rozrodczych, gonad, tkanek zarodkowych i płodowych oraz narządów rozrodczych lub ich części. Regulacja ta zgodna jest z intencją ustawodawcy, który podczas prac nad ustawą wskazał, iż materia ta powinna stać się przedmiotem odrębnej regulacji¹⁶.

Nie wydaje się również, aby same te czynności, dokonane zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej, realizowały znamiona przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, przy czym obecnie nie budzi żadnych wątpliwości, że polskie prawo karne chroni życie od poczęcia, aż do śmierci¹⁷. W obecnym stanie prawnym nie istnieje przepis penalizujący tego typu zachowania. Stanowisko Mariana Filara, który wskazuje na taką możliwość, gdy zachowanie lekarza nie wypełnia standardu *lege artis* zdekodowanego na podstawie umów międzynarodowych (nawet tych przez Polskę nieratyfikowanych),

¹⁴ Tak W. Róbel, *Zapłodnienie in vitro i pozyskiwanie komórek macierzystych z ludzkich embrionów – na co pozwala polskie prawo*, „Medycyna Praktyczna” 2010, nr 6, s. 168–173. Por. też: M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 220–234; M. Żelichowski, *Prawnokarna ocena pobierania embrionalnych komórek macierzystych*, CPKiNP 2000, z. 2, s. 69–82; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji...*, *op. cit.*, s. 15–20, 170–192 i 319–384; M. Gałązka, *Prawnokarna ochrona ludzkiego embrionu in vitro*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 5, s. 23–40. Z uwagi na fakt, iż na ten temat istnieje dość bogata literatura, wątek ten w niniejszym artykule będzie bardzo ograniczony. Ponadto zauważyć trzeba, że o zastępczym macierzyństwie można mówić także w sytuacji, gdy do zapłodnienia dochodzi w sposób naturalny, a matka podczas ciąży czy przed nią, decyduje się na oddanie dziecka po urodzeniu rodzicom socjologicznym. Nie zawsze zatem w praktyce zastępczego macierzyństwa mamy do czynienia z prokreacją medycznie wspomaganą.

¹⁵ Dz.U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.

¹⁶ Druk 3856 Sejmu IV Kadencji, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3856/\\$file/3856.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3856/$file/3856.pdf).

¹⁷ Por. przekonujące argumenty M. Gałązki, która wskazuje, iż w zakresie ochrony odpowiedzialnych przepisów karnych może mieścić się także ludzki embrion. M. Gałązka, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 26–30.

choćby nawet było zgodne z regułami sztuki lekarskiej (w zakresie przeprowadzenia samego zabiegu)¹⁸, uznać należy za sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine lege* w jej aspekcie dostatecznej określoności. W przypadku zagadnień szczególnie kontrowersyjnych (a ze względów aksjologicznych niewątpliwie omawiana materia do takich należy) zasada ta musi być szczególnie respektowana.

Nie podejmując się bliższego przytaczania i komentowania istniejących w piśmiennictwie poglądów dotyczących problematyki związanej z tworzeniem, transferem czy niszczeniem embrionów, chciałbym tylko wskazać, że nie wydaje się, aby podejmowanie tych zachowań w ramach praktyki zastępczego macierzyństwa zmieniało ich prawnokarną ocenę. Co najwyżej, z uwagi na cel i specyfikę tego zjawiska, można zaryzykować twierdzenie, że ocena taka stanie się jeszcze bardziej skomplikowana. Zastępczego macierzyństwa nie można traktować jako medycznej terapii niepłodności. Celem tego zjawiska jest zaspokojenie społecznej i biologicznej potrzeby posiadania potomstwa, w sytuacji gdy medyczne techniki wspomagania rozrodu nie są możliwe do zastosowania. W perspektywie pytania o odpowiedzialność karną za tworzenie embrionów poza organizmem matki, jest to kolejna wartość, którą należy wziąć pod uwagę przy ocenie takich zachowań. Nie można również zapomnieć o dobru dziecka, ale ujętym tutaj także w nieco innej perspektywie, to jest jego prawa do poszukiwania rodziców genetycznych czy biologicznych.

Szerzej w niniejszym artykule chciałbym natomiast poruszyć problemy związane z prawnokarną oceną zachowań podejmowanych już w okresie, gdy matka zastępcza pozostaje w ciąży, jak i tych, gdy po rozwiązaniu dochodzi do przekazania dziecka rodzicom socjologicznym.

Poza zakresem rozważań pozostają sytuacje, które w prosty sposób można rozwiązać za pomocą obecnych regulacji kodeksowych. Mam tu na myśli przerwanie ciąży przez surogatkę, w sposób opisany w art. 152–154 k.k.¹⁹ Z uwagi na konstrukcję tych typów, możliwa jest oczywiście wówczas odpowiedzialność jedynie rodziców socjologicznych za opisane w nich zachowania, czy też lekarza dokonującego aborcji²⁰.

¹⁸ Warunkiem takiej odpowiedzialności jest wystąpienie niekorzystnych następstw zdrowotnych u pacjenta. Podstawą zaś owego modelu *lege artis* jest zachowanie będące leczeniem nieodwracalnej bezpłodności. Por. M. F i l a r, *op. cit.*, s. 220–234.

¹⁹ Znamię „ciąża” w rozumieniu wskazanych przepisów nie jest związane z tożsamością genetyczną matki i płodu. Ciążą w rozumieniu tych przepisów jest więc także rozwój dziecka w organizmie surogatki.

²⁰ Np. matka genetyczna i socjologiczna, po uzyskaniu informacji, iż płód obciążony jest wadą genetyczną, zamiast witamin podaje surogatce środek powodujący poronienie.

Z uwagi na klauzulę z art. 157a § 3 k.k., matka zastępcza nie podlega karze za uszkodzenie ciała dziecka poczętego.

Ciekawszy problem wiąże się z ewentualną odpowiedzialnością za dzieciobójstwo. Jest to typ indywidualny. Za uprzywilejowany typ zabójstwa może odpowiadać tylko „matka”. Ustawodawca nie używa tutaj bliższego doprecyzowania, choćby tak jak jest to obecnie określone w art. 61⁹ k.r.o. Można więc powiedzieć, że każda matka (socjologiczna, genetyczna czy biologiczna) może być podmiotem zdatnym do popełnienia tego przestępstwa, lub też – mając na uwadze regulacje cywilnoprawną – stwierdzić, że odpowiadać w oparciu o art. 149 k.k. może tylko kobieta, która dziecko urodziła²¹. Przyjęcie któregośkolwiek z poglądów prowadzi tak naprawdę do tożsamego rezultatu, gdy weźmie się pod uwagę pozostałe znamiona tego typu: w okresie porodu, a szczególności pod wpływem jego przebiegu. Z uwagi na to, że łagodniejsza odpowiedzialność za zabójstwo wiąże się z fizjologicznym i psychicznym stanem związanym z porodem traktowanym jako fizyczne urodzenie dziecka, nie jest możliwa odpowiedzialność matki socjologicznej czy biologicznej za dzieciobójstwo, choćby zachowanie sprawcy miało miejsce kilka dni po porodzie (gdy dziecko zostało przekazane natychmiast przez surogatkę). W takiej sytuacji wchodzi w grę skazanie za typ podstawowy zabójstwa, a ewentualne wątpliwości co do stanu psychicznego tych osób oceniać należy przez pryzmat zasad ogólnych, to jest otwartej klauzuli zawinienia z art. 1 § 3 k.k. i art. 31 k.k.

W powyższym zakresie nie sposób doszukać się żadnych odmienności w odpowiedzialności karnej tylko z uwagi na fakt, że dane zachowania są elementem praktyki macierzyństwa zastępczego. Z tego może jedynie wynikać inny *modus operandi* sprawcy. Ingerencja w zdrowie czy życie dziecka poczętego dokonana w sposób bezprawny i opisany w kodeksie karnym podlega więc penalizacji bez względu na to, czy jest związana z praktyką macierzyństwa zastępczego.

Najwięcej kontrowersji niewątpliwie wzbudzają zaś zachowania, które związane są z zawarciem umowy o macierzyństwo zastępcze, pośrednictwem w jej zawarciu czy wykonaniu, co oznacza także pomoc w dokonaniu przysposobienia dziecka przez rodziców socjologicznych. W dotychczasowym piśmiennictwie brak było jednoznacznych wypowiedzi, co także oznacza, że nikt nie opowiedział się wprost za karalnością tego typu zachowań. Rozważania prowadzone były głównie w oparciu o nieobowiązujący

²¹ Tak: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 251; B. Michalski, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 256.

już art. 253 k.k., penalizujący handel ludźmi i organizowanie adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy.

Zastanowić się należy, czy nowelizacje kodeksu karnego, to jest z jednej strony wprowadzenie ustawowej definicji handlu ludźmi oraz skreślenie art. 253 k.k., i z drugiej strony przeniesienie typu handlu ludźmi do art. 189a k.k. (rozdział: Przepięstwa przeciwno wolności), a nielegalnego organizowania adopcji do art. 211a k.k. (rozdział: Przepięstwa przeciwno rodzinie) coś w rzeczowej materii zmienilo?

Wprowadzenie normatywnej definicji handlu ludźmi było odpowiedzią ustawodawcy na pojawiające się w doktrynie głosy o niezgodności polskiego unormowania z prawem międzynarodowym²², ale także, jak się wydaje²³, na zarzuty naruszenia przez ustawodawcę zasady *nullum crimen sine lege* w jej aspekcie dostatecznej określoności²⁴.

Obecnie obowiązująca definicja stanowi transpozycję uregulowań międzynarodowych do polskiego systemu prawa²⁵. Składa się ona z czterech elementów: opisu zachowania sprawcy (werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie, przyjmowanie), sposobu jego działania (zastosowanie przemocy, groźby bezprawnej, uprowadzenia, podstęp, wprowadzenie w błąd lub jego wyzyskanie, wyzyskanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, nadużycie stosunku zależności, wykorzystanie krytycznego położenia lub stanu bezradności, udzielenia przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą), celu zachowania sprawcy (wykorzystanie innej osoby), oraz określenia podmiotu tych czynności wykonawczych (osoba). Zatem aby doszło do realizacji znamion występku opisanego w art. 189a § 1 k.k. sprawca musi zachować się w sposób i w celu w jakim opisuje to ustawa. Artykuł 115 § 22 k.k. wprowadza jeden wyjątek: jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy sprawca nie użył metod lub środków opisanych powyżej.

²² Por. w szczególności E. Zielińska, *O potrzebie zmian kodeksu karnego w związku z ratyfikacją protokołu o zapobieganiu oraz karaniu handlu ludźmi*, „Studia Iuridica” 2006, nr XLVI, s. 337–344.

²³ Choć nie wystawia tego wprost uzasadnienie nowelizacji, jak i dyskusja toczona podczas procesu legislacyjnego. Por. s. 13–17 uzasadnienia ustawy: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/94CAE24A920218A6C12576480039A49F/\\$file/2387.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/94CAE24A920218A6C12576480039A49F/$file/2387.pdf).

²⁴ Zarzut taki podniósł L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 303–304.

²⁵ Por. s. 13 uzasadnienia ustawy: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/94CAE24A920218A6C12576480039A49F/\\$file/2387.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/94CAE24A920218A6C12576480039A49F/$file/2387.pdf).

Wprowadzenie takiej regulacji, na pierwszy rzut oka, zdaje się rozwiązywać problem kwalifikacji przekazania dziecka w ramach realizacji umowy o macierzyństwo zastępcze jako handlu ludźmi. Przesądza o tym wymienienie w tej definicji celu, w jakim ma działać sprawca. Ustawa mówi o celu wykorzystania, oraz zawiera przykładowe wyliczenie takich kierunkowych nastawień (wszelkie formy wykorzystania seksualnego, w pracy czy usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, niewolnictwie, lub w każdej innej formie, jeżeli poniża to ludzką godność, lub w celu pobrania komórek, tkanek czy narządów wbrew przepisom ustawy). Mając na uwadze, że ustawodawca nie wymienił tutaj posiadania potomstwa lub adopcji, nie wydaje się możliwa interpretacja, iż cel taki jest wykorzystaniem człowieka. Powyższe wyliczenie, choć oczywiście nie można przyznać mu charakteru wyliczenia enumeratywnego, odpowiada intencjom ustawodawcy, który w uzasadnieniu ustawy wprost wskazuje na akty prawa międzynarodowego, które były podstawą nowelizacji kodeksu. Żaden z nich nie wypowiada się zaś na temat problemów związanych z adopcją, czy wprost zastępczym macierzyństwem. Tę materię regulują bowiem inne konwencje czy umowy multilateralne²⁶. Żałować jedynie należy, że ustawodawca *expressis verbis* nie wyłączył tego rodzaju celu zachowań sprawcy spod pojęcia handlu ludźmi. Mając bowiem na uwadze zupełnie nieostrą klauzulę: „lub w inny sposób poniża ludzką godność”, można się spodziewać głosów przekonujących o penalizacji zachowań polegających na przekazaniu dziecka rodzicom socjologicznym w wykonaniu umowy o zastępcze macierzyństwo. Zauważyć jednak trzeba, iż sformułowanie to odnosi się w tekście ustawy do pracy czy usług o charakterze przymusowym, żebractwa i niewolnictwa, co pozwala na konstatację, iż nie sposób owej godności odnosić do praktyk zastępczego macierzyństwa. Nie rozwiązuje to jednak problemu, bowiem ogólna klauzula zawarta w tym przepisie (w celu wykorzystania człowieka) daje ewentualną podstawę do stwierdzenia, że realizacja znamienia czasownikowego, będąca elementem praktyki macierzyństwa zastępczego, jeżeli podmiotem czynności wykonawczej jest małoletni, narusza godność człowieka, a więc jest zachowaniem karalnym. W dotychczasowym piśmiennictwie podnoszono powszechnie, iż przestępstwo handlu ludźmi chroni, oprócz wolności człowieka, jego godność²⁷.

²⁶ Oczywiście nie istnieje obecnie osobny akt prawa międzynarodowego publicznego, dotyczący tylko i wprost macierzyństwa zastępczego.

²⁷ Por. W. G ó r o w s k i, *Przestępstwo handlu ludźmi (wybrane zagadnienia)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12, s. 64–66 i powołana w przyp. 9 literatura.

W perspektywie tak mocnego jej zaakcentowania w art. 115 § 22 k.k., pogląd ten zdaje się być aktualny²⁸. O ile zgadzam się z tym poglądem, to nie jestem zwolennikiem twierdzenia, że możliwa jest penalizacja tego typu zachowań w ramach praktyki zastępczego macierzyństwa, w oparciu o typ handlu ludźmi²⁹. Wykładnia prowadząca do takiego wniosku nie jest tylko wykładnią literalną, a musi opierać się o badanie intencji ustawodawcy, co zawsze rodzi wątpliwości z punktu widzenia zasady dostatecznej określoności czynu zabronionego, zwłaszcza w sytuacji, gdy mówimy o naruszeniu tak abstrakcyjnego i pojmowanego indywidualistycznie dobra prawnego, jakim jest ludzka godność. W istniejącym stanie prawnym nie widzę więc podstaw do dalszej dyskusji, czy dziecko staje się przedmiotem przestępnego handlu w przypadku zastępczego macierzyństwa, czy też motywacja związana z tym zjawiskiem (stworzenie nowej rodziny, nowego życia) powoduje, iż godność dziecka nie zostaje naruszona³⁰.

Argumentów dla wsparcia powyższych tez dostarcza także zmiana systematyki kodeksowej i uznanie przez ustawodawcę przestępstwa handlu ludźmi za skierowanego przeciwko wolności. Zatem to wolność jest głównym, zaś godność jedynie pobocznym przedmiotem ochrony³¹. Badając czy

²⁸ To, iż w tekście przepisu godność odnosi się tylko i wyłącznie do części zachowań sprawcy, moim zdaniem oznacza jedynie podkreślenie przez ustawodawcę ich naganności. Cel wykorzystania człowieka, w jakim ma działać sprawca handlu ludźmi, zawsze oznacza naruszenie godności człowieka, o ile oczywiście są zrealizowane znamiona czasownikowe opisane w art. 115 § 22 k.k.

²⁹ Za karalny handel ludźmi M. Kramska uznaje przekazanie dziecka przez surogatkę rodzicom socjologicznym. Nie uzasadnia jednak w żaden sposób swojego stanowiska, poza podniesieniem chybionego argumentu, iż penalizacja w oparciu o art. 189a § 1 k.k. możliwa jest z uwagi na zmianę znamienia czasownikowego w porównaniu z uchylonym art. 253 § 1 k.k. Zmiana ta, to jest zastąpienie sformułowania „uprawia” czasownikiem „dopuszcza się”, powoduje tylko i wyłącznie, że penalizacji podlega już pojedyncze zachowanie będące handlem ludźmi, podczas gdy poprzednio w tym zakresie istniały kontrowersje w piśmiennictwie i orzecznictwie. Zmiana tego znamienia w żaden jednak sposób, z uwagi na istnienie definicji legalnej handlu ludźmi, nie wpływa na określenie zachowań sprawczych, które są opisane w art. 115 § 22 k.k. M. K r a m s k a, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego – regulacje prawnomiędzynarodowe i krajowe*, tekst dostępny na stronie: www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&iid=688&PHPSESSID=953e1236366cc8bdaefc6a3857440b6c.

³⁰ Podkreślam, że odrębną kwestią jest dyskusja światopoglądowa na ten temat.

³¹ Pomijam w tym miejscu zasadność posługiwania się terminami: główny i poboczny przedmiot ochrony, jak również dywagacje na temat samego tego pojęcia. Również analiza samego pojęcia wolność, jako przedmiotu ochrony w prawie karnym, wymagałaby odrębnego opracowania. Por. M. M o z g a w a, *Odpowiedzialność karna za bezprawne pozbawienie wolności (art. 165 k.k.)*, Lublin 1994, s. 21–33.

doszło do naruszenia wolności, trzeba zaś brać pod uwagę także element subiektywny, to jest dolegliwość psychiczną istniejącą po stronie ofiary³². Przyjmuje się więc, że pewne kategorie osób nie mogą subiektywnie odczuwać naruszenia swojej wolności, mimo że w sposób obiektywny im przysługuje. Takimi podmiotami wydają się być kilkudniowe (tygodniowe) dzieci przekazywane w ramach praktyki zastępczego macierzyństwa rodzicom socjologicznym. Rozumiejąc wolność jako uprawnienie do czegoś, w tym wypadku do posiadania rodziny, zaspokojenia swoich potrzeb życiowych, nie da się chyba powiedzieć, iż dochodzi do jej naruszenia. Praktyka zastępczego macierzyństwa nie różni się bowiem w tym aspekcie niczym od adopcji uregulowanej przepisami prawa i uważanej z oczywistych powodów za zjawisko pożądane.

Ponadto nowelizacja Kodeksu karnego wprowadziła penalizację czynności przygotowawczych przestępstwa handlu ludźmi (art. 189a § 2 k.k.). W konsekwencji, jeśli dojść do wniosku, że przekazanie dziecka rodzicom socjologicznym (które może następować przy pomocy pośrednika lub bezpośrednio) jest dopuszczeniem się handlu człowiekiem, to penalizacja obejmowałaby wszelkie czynności przygotowawcze – a więc wyszukiwanie matki zastępczej, zawarcie umowy. Problematiczne w tej perspektywie stało by się nawet stworzenie embrionu i jego transfer, gdy już z góry byłoby wiadomo, iż urodzone dziecko zostanie przekazane rodzicom socjologicznym³³.

Na marginesie należy tylko dodać, iż art. 189a § 1 k.k. nie może mieć zastosowania do handlu komórkami rozrodczymi czy też embrionami z uwagi na opis przedmiotu czynności wykonawczej – człowiek. Wprowadzenie karalności przygotowania powoduje już jednak pewną wątpliwość, jeśli do handlu takimi komórkami dochodzi w celu późniejszego handlu ludźmi. Brak możliwości uznania przekazania dziecka jako realizacji znamion art. 189a § 1 k.k. powoduje jednak bezkarność czynności przygotowawczych.

Rodzi się jednak pytanie, dotychczas w literaturze karnistycznej nie stawiane, czy zawarcie umowy o zastępcze macierzyństwo nie narusza

³² Jest to pogląd powszechny w piśmiennictwie. Por. *ibid.*, s. 32–33.

³³ W niniejszym artykule pominięto problem form stadialnych popełnienia omawianych typów czynów zabronionych. Poza wskazywanym tu wyjątkiem opiera się ona o ogólne zasady kodeksowe. Skoro bowiem dokonanie (realizacja wszystkich znamion) budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia złamania norm sankcjonowanych, to oczywiste jest, że szukanie odpowiedzialności na przedpolu naruszenia dobra jest tym bardziej obciążone tym problemem.

godności surogatki, co mogłoby oznaczać, że jednak realizuje znamiona handlu ludźmi³⁴. Na gruncie poprzedniej regulacji wyraziłem pogląd, iż realizuje znamiona handlu ludźmi także zachowanie polegające na nielegalnym pobraniu narządów człowieka w celach transplantacyjnych (poza regulowanym obrotem). Obecna regulacja kodeksowa wprost wskazuje, że podjęte w tym celu zachowania realizują znamiona art. 189a § 1 k.k. nawet gdy istnieje zgoda osoby, od której pobiera się komórki, narządy czy tkanki³⁵. Czy zatem udostępnienie własnego organizmu, mając na uwadze procesy, jakie zachodzą podczas ciąży, w celu urodzenia dziecka, które następnie zostanie przekazane rodzicom socjologicznym, można określić jako zachowanie podjęte w celu pobrania narządów, tkanek i komórek? Moim zdaniem nie można uznać, iż dochodzi do handlu ludźmi. Po pierwsze, choć ciąża jest bardzo skomplikowanym procesem zachodzącym w ludzkim organizmie, to w jej trakcie nie dochodzi do pobrania narządów, tkanek czy komórek. Organizm tworzy nowe komórki i nie można powiedzieć, że bycie w ciąży z zamiarem przekazania dziecka po urodzeniu odbywa się właśnie w celu naruszenia integralności organizmu przez odłączenie tkanek czy komórek. Po drugie, art. 115 § 22 k.k. mówi o ich pozyskaniu wbrew przepisom ustawy. Jasne jest, że chodzi w tym przypadku o przepisy wskazywanej już ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów³⁶. Żaden zaś jej przepis (ani żaden inny w systemie prawa) nie zakazuje zachodzenia w ciążę oraz, co już stwierdzono, przepisy tego aktu prawnego nie dotyczą obrotu komórkami rozrodczymi.

Jak już wskazano, w dotychczasowym piśmiennictwie karnistycznym dyskusja, jaka toczyła się wokół zastępczego macierzyństwa, ogniskowała się wokół typów opisanych w art. 253 k.k. Nowelizacja Kodeksu karnego z 20 maja 2010 r. dokonała również zmiany w zakresie przestępstwa nielegalnego organizowania adopcji. Podobnie jak w przypadku handlu ludźmi, zmieniła się systematyka kodeksu. Jednak sam opis jurydyczny nie został zmieniony. Obecnie przestępstwo organizowania adopcji dzieci wbrew

³⁴ Wówczas osobami realizującymi znamiona byłiby rodzice socjologiczni, czyli pośrednicy w zawarciu takiej umowy.

³⁵ Na marginesie należy wskazać, iż przy przyjęciu, że dobrem chronionym jest godność, znamię za zgodą nie ma znaczenia normatywnego. Pogląd ten dodatkowo wspiera literalna wykładnia obecnej regulacji. Wszystkie sposoby zachowania się sprawy wymienione w art. 115 § 22 k.k. zakładają bowiem wpływ na psychikę sprawcy, co powoduje, że wyrażona w takich okolicznościach zgoda jest prawnie irrelevantna.

³⁶ Dz.U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.

przepisom ustawy znajduje się w rozdziale XXVI kodeksu karnego i jest przestępstwem przeciwko rodzinie i opiece (art. 211a § 1).

Nie powinno już, przynajmniej na pierwszy rzut oka, budzić wątpliwości, iż przedmiotem ochrony jest tylko i wyłącznie dziecko i jego dobro. Na gruncie poprzednio obowiązującego art. 253 § 2 k.k. podnoszono także, iż przedmiotem ochrony są również pewne procedury adopcyjne wprowadzone przez państwo³⁷. Mając na uwadze, iż przepis był umieszczony w rozdziale przestępstw przeciwko bezpieczeństwu publicznemu, można było przyjąć taką argumentację. Obecnie nie wydaje się ona zasadna³⁸.

Dla prowadzonych rozważań szczególne znaczenie ma zdekodowanie treści znaczeniowej sformułowania: „wbrew przepisom ustawy”. W piśmiennictwie spotyka się różne wypowiedzi na ten temat. Wyrażane były one na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, lecz nie straciły na aktualności. Sformułowaniu temu nie poświęcano wiele uwagi wskazując, iż chodzi o sprzeczność z odpowiednimi przepisami kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³⁹ lub też wskazywano na inne jeszcze przepisy⁴⁰.

Wydaje się jednak, iż taka interpretacja (sprzeczność tylko z kodeksem rodzinnym i opiekuńczym) nie jest uprawniona i wynika ze zwyczajowego spojrzenia na instytucję adopcji jedynie przez pryzmat jej materialnoprawnych podstaw opisanych właśnie w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Rację ma Radosław Krajewski, iż owo sformułowanie może dotyczyć innych ustaw (autor ten słusznie wskazuje na ustawę o pomocy społecznej), czy też kodeksów (kodeks postępowania cywilnego). Sformułowanie: „wbrew przepisom ustawy” to klasyczne odesłanie blankietowe. Mając więc na uwadze postulat dostatecznej określoności typu czynu zabronionego, pewne wątpliwości może budzić opieranie się także na przepisach wykonawczych (choćby do wspomnianej ustawy o pomocy społecznej), lecz wydaje się też, że i one mogą służyć za podstawę rekonstrukcji typu z art. 211a k.k.⁴¹

³⁷ M. Mozgawa, w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 493; M. Pomerkańska-Bielecka, *Komercyjna adopcja dzieci*, w: *Handel dziećmi, wybrane problemy*, red. Z. Lasocik, M. Koss, Ł. Wieczorek, Warszawa 2007, s. 48–49.

³⁸ Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów podtrzymuje ją: M. Mozgawa, w: M. Budyn-Kulik, [i inni], *op. cit.*, teza 1 kom. do art. 211a.

³⁹ *Ibid.*, s. 492, E. Pływaczewski, w: *Kodeks...*, t. I, *op. cit.*, s. 403; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 470.

⁴⁰ Z. Ćwiąkałski wskazuje na przepisy wykonawcze, nie precyzując jednak co pod nimi rozumie. Z. Ćwiąkałski, w: *Kodeks...*, t. II, *op. cit.*, s. 1159.

⁴¹ Tego typu wykładnię w sytuacji odesłań blankietowych dopuszcza TK. Por. uzasadnie-

Takie stanowisko prowadzi jednak do daleko idących konsekwencji i pozwala uznać część zachowań opisywanych na początku niniejszego artykułu jako elementy praktyki zastępczego macierzyństwa za zachowania karalne właśnie w oparciu o art. 211a k.k.

W pierwszej kolejności należy się zastanowić nad treścią normy sankcjonowanej, którą można odczytać z art. 211a k.k.⁴² Istnienie klauzuli normatywnej: „wbrew przepisom ustawy” może mieć różne znaczenie. Może decydować o ograniczeniu zakresu bezprawności lub karalności⁴³. Ważne jest więc ustalenie wartości, jakie ustawodawca w tym przypadku chce chronić.

Jeżeli przyjmiemy, że dobrem chronionym jest, oprócz dobra dziecka, także rodzina czy opieka, a w bliższej perspektywie – godność surogatki czy prawo matki biologicznej do posiadania potomstwa, to wydaje się, że każde zachowanie podjęte wbrew przepisom ustawy będzie bezprawne. Rację do wyliczenia tych różnych dóbr chronionych znajdziemy w decyzji ustawodawcy o umieszczeniu tego typu czynu zabronionego w rozdziale przestępstw przeciwko rodzinie i opiece. Dotychczas przepisy te znajdowały się w rozdziale przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, a więc ustawodawca nie był pewny, jakie dobra chroni. W związku z tym, normy sankcjonowanej należy poszukiwać w odpowiednich regulacjach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczących zarówno przysposobienia, ale i choćby stosunków między rodzicami i dziećmi⁴⁴, ale także innych ustaw mówiących o organizowaniu adopcji. Nie jest łatwo określić dokładnie treść takiej normy, o ile w ogóle jest to możliwe⁴⁵. Szczególne znaczenie ma tu-

nie wyroku TK z 26 XI 2003 r., SK 22/02, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 97; wyrok TK z 21 VII 2006 r., P. 33/05, OTK ZU 2006, nr 7A, poz. 83.

⁴² Przyjmuję pogląd, iż możliwe jest organizowanie adopcji dziecka, które jeszcze nie jest narodzone. Jest to bowiem typ formalny, do realizacji jego znamion nie potrzeba zaistnienia skutku w postaci adopcji. Ustawodawca zakazuje czynności organizowania. Wydaje się więc, iż jest to typ abstrakcyjnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo. Por. J. Potulski, *Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego*, Gdańsk 2007, s. 234; R. Krajewski, *op. cit.*, s. 18; odmiennie V. Konarska-Wrzesek, *op. cit.*, s. 140.

⁴³ Na ten temat por. W. Wolter, *Klauzule normatywne w przepisach karnych*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1968, nr 3/4, s. 5–19; Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, s. 69–93.

⁴⁴ W rozumieniu tych przepisów, co oznacza matkę biologiczną i ojca genetycznego.

⁴⁵ Z art. 211a § 1 k.k. wynika, że zakazany zachowaniem jest „organizowanie adopcji”. Przywoływane w tekście przepisy różnych ustaw, traktujące o adopcji, nie wypowiadają się na temat jej organizowania. Mówią o przebiegu postępowania adopcyjnego

taj zasada dobra dziecka wyrażona w art. 114 § 1 k.r.o.⁴⁶ Jest ona bowiem nadrzędną zasadą postępowania w sprawie o przysposobienie, podkreślaną w cywilistyce⁴⁷.

Pozostaje wątpliwość jak traktować naruszenia przepisów proceduralnych dotyczących adopcji. Co ważne, często w chwili dokonywania przysposobienia nie sposób przesądzić jednoznacznie, czy dobro dziecka jest naruszone lub narażone, co jest warunkiem przyjęcia bezprawności takiego zachowania. Można stwierdzić, że to, iż rodzice socjologiczni działają w celu dobra dziecka (w ich subiektywnym odczuciu), nie oznacza, iż dobro to nie jest obiektywnie narażone. To zaś pozwala uznać, że nawet takie zachowanie, które jest podejmowane dla dobra dziecka, może je – wbrew pozorom – naruszać i być bezprawne⁴⁸.

Uznając dobro dziecka za jedyną wartość chronioną przez art. 211a k.k., każde zachowanie podjęte wbrew przepisom ustawy jest bezprawne. Związane jest to z celem istnienia proceduralnych przepisów dotyczących przysposobienia. Mają one zapewnić realizację zasady opisanej w art. 114 § 1 k.r.o.

Dopiero w takiej perspektywie można się zastanowić, jaki charakter – z punktu widzenia odpowiedzialności karnej – ma klauzula dobra dziecka opisana w art. 114 k.r.o. Może ona decydować o zakresie bezprawności lub karalności. Z teoretycznego punktu widzenia można ją uznać za element

czy przesłankach przysposobienia, ale nie o organizowaniu. Można więc stwierdzić, że norma sankcjonowana stojąca za tym typem czynu zabronionego jest pusta – nie zawiera treści. Ewentualnie normę taką można wyprowadzić z art. 83 ust. 5 ustawy o pomocy społecznej, zgodnie z którym przygotowanie kandydatów na osoby przysposabiające oraz prowadzenie procedur przysposobienia należy do wyłącznych kompetencji ośrodka adopcyjno-opiekuńczego. Akceptacja takiego poglądu prowadziłaby do wniosku, że tylko zachowania sprzeczne z tym przepisem będą bezprawne, co z aksjologicznego punktu widzenia trudno zaakceptować. Jednocześnie pokazuje to też skalę problemu związanego z brakiem całościowej regulacji zjawiska macierzyństwa zastępczego.

⁴⁶ Przysposobić można osobę małoletnią tylko dla jej dobra.

⁴⁷ Także w karnistyce podkreśla się ją właśnie w aspekcie omawianego przestępstwa. Por. często cyt. postanowienie SA w Krakowie z 11 I 1995 r., II AKz 480/94, KZS 1995, z. 1, poz. 28, w którym stwierdzono: „Istotną różnicą między obrotem handlowym a adopcyjnym jest cel przekazywania dziecka i praw z nim związanych: dla dobra dziecka, bądź przeciw jego interesom. Cel adopcji nadaje jej cechy działania pozytywnego, pożądanego społecznie, aprobowanego i zalecanego. Nie korzyść materialna, a cel przekazywania dzieci w obrocie adopcyjnym przesądza o przestępczym charakterze owej działalności”.

⁴⁸ Przyjmuję tutaj pogląd, iż norma sankcjonowana ma charakter przedmiotowy i w treści jej dyspozycji w zasadzie próżno szukać elementów podmiotowych.

zawężający zakres normowania (dyspozycję) normy sankcjonowanej, lub też za ustawowy kontratyp, czy wreszcie za okoliczność zawężającą karalność.

Jeżeli jednak w systemie prawa istnieje zakaz dokonywania przysposobienia wbrew dobru dziecka i w formie nie przewidzianej przez przepisy proceduralne, to każde zachowanie podjęte wbrew przepisom ustawy jest bezprawne. Klauzula dobra dziecka ogranicza wówczas karalność zachowań podejmowanych w ramach praktyki zastępczego macierzyństwa. Przyznać trzeba, że rozwiązanie powyższe nie ma głębszego uzasadnienia dogmatycznego, a raczej kryminalnopolityczne.

Z drugiej strony w takiej sytuacji dochodzi do kolizji pewnych dóbr – dobra dziecka oraz konieczności przestrzegania narzuconych przez państwo procedur, które w ocenie ustawodawcy mają takie dobro chronić. Można więc bronić poglądu, że klauzula z art. 114 § 1 k.r.o. wysławia ustawowy kontratyp. Jeżeli zachowanie sprawcy jest organizowaniem adopcji oraz jest podejmowane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wbrew przepisom ustawy ale dla dobra dziecka, to ewentualny brak przestępności może opierać się o jej wtórne wyłączenie.

Wydaje się, że w perspektywie powracającej w piśmiennictwie dyskusji na temat miejsca kontratypów w strukturze przestępstwa⁴⁹ nie ma konieczności przesądzania z dogmatycznego punktu widzenia jednoznacznego charakteru zasady dobra dziecka. Być może wręcz nie da się tego zrobić w sposób nie budzący wątpliwości. Można przecież twierdzić, że z uwagi na blankietowy charakter typu z art. 211a k.k., wszystkie przepisy ustaw dotyczące przysposobienia stanowią znamiona typu – także klauzula dobra dziecka. Brak jest w dogmatyce kryteriów pozwalających na uznanie określonych znamion za ważniejsze od innych i przyjęcie, że dobro dziecka przesądza przy realizacji pozostałych znamion o ich dekompletacji. Wówczas brak odpowiedzialności rodziców socjologicznych mógłby być spowodowany brakiem winy.

Ewentualny brak przestępności może wreszcie opierać się o instytucję błędu. Gdy rodzice socjologiczni są subiektywnie przekonani, iż działają

⁴⁹ Por. T. K a c z m a r e k, *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10, s. 21–33; T. K a c z m a r e k, *O bezprawności i strukturze przestępstwa (wokół książki Zbigniewa Jędrzejewskiego)*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 7, s. 88–96; A. Z o l l, *W sprawie kontratypów (Odpowiedź Panu prof. dr hab. Tomaszowi Kaczmarskiemu)*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 108–114; M. B i e l s k i, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, CPKiNP 2010, z. 2, s. 25–50.

dla dobra dziecka, podczas gdy jego dobro okazuje się zagrożone, to może dochodzić do wyłączenia umyślności lub winy⁵⁰.

Należy więc odpowiedzieć na pytanie, czy fakt, iż adopcja, która następuje wbrew innym przepisom ustawy niż art. 114 § 1 k.r.o., może kiedykolwiek, o ile następuje w ramach praktyki macierzyństwa zastępczego, stać się przestępstwem. Czy fakt, że chodzi o zjawisko zastępczego macierzyństwa zawsze powoduje, iż odbywa dla dobra dziecka⁵¹? Przekazanie dziecka rodzicom socjologicznym zaraz po narodzinach niewątpliwie jest działaniem dla dobra dziecka. Powoduje od razu nawiązanie więzi z rodzicami socjologicznymi, zaś zerwanie jej z biologicznymi i genetycznymi (w przypadku macierzyństwa zastępczego chodzi głównie o kobietę, która dziecko urodziła). Zauważyć trzeba, iż rodzice socjologiczni, skoro decydują się na taką praktykę, są zdeterminowani do posiadania dziecka, zaspokojenia swoich instynktów rodzicielskich.

W polskiej rzeczywistości prawnej zjawisko zastępczego macierzyństwa w perspektywie przestępstwa z art. 211a k.k. wiąże się z problemem tzw. „adopcji ze wskazaniem”. Jest ona dopuszczalna na podstawie art. 119¹ § 1 k.r.o. Przepis ten wprost stanowi, iż rodzice mogą wyrazić zgodę na przysposobienie dziecka w przyszłości bez wskazania osoby przysposabiającego. Wywodzi się z niego jednak, iż możliwe jest także wskazanie takiej osoby. Ocenić trzeba, że mieści się to w zakresie wykładni językowej tej normy, co powoduje, że takie oświadczenie, które jest elementem praktyki zastępczego macierzyństwa, nie może być uznane za zachowanie sprzeczne z ustawą w rozumieniu art. 211a k.k.

Zachowaniem takim może być natomiast zachowanie pośrednika, który kojarzy osoby do adopcji ze wskazaniem, z pominięciem ośrodków adopcyjno-wychowawczych. Zgodnie z art. 83 ust. 5 ustawy z dnia 12 kwietnia 2004 r. o pomocy społecznej⁵², przygotowanie kandydatów na osoby przysposabiające oraz prowadzenie procedur przysposobienia należy do wyłącznych kompetencji ośrodka adopcyjno-opiekuńczego. Artykuł 33¹ poprzednio obowiązującej ustawy o pomocy społecznej nie zawierał takiego stwier-

⁵⁰ Szersze rozważenie tych kwestii wymagałoby osobnego opracowania.

⁵¹ Już na marginesie można dodać, iż organizowanie adopcji, aby było przestępstwem, musi odbywać się w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W sytuacji, gdy adopcja jest zgodna z dobrem dziecka, nawet uzyskana przez sprawcę korzyść majątkowa nie powoduje odpowiedzialności karnej. Por. O. S i t a r z, *Problem implementacji przepisów prawa międzynarodowego dotyczących handlu dziećmi*, w: *Handel dziećmi...*, op. cit., s. 22.

⁵² Tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., Nr 175, poz. 1362.

dzenia. Prowadzi to do wniosku, że obecnie ośrodki opiekuńczo-adopcyjne mają wyłączne w tej mierze kompetencje. Prowadzenie procedur adopcyjnych oznacza zaś wszelkie zachowania, które są wymagane dla orzeczenia adopcji przez sąd, a których sąd nie prowadzi. Są one wskazane między innymi w rozporządzeniach wydanych na podstawie ustawy o pomocy społecznej⁵³. Nie ma przy tym znaczenia, czy procedury te są prowadzone przez placówki publiczne czy niepubliczne⁵⁴. Zatem adopcja ze wskazaniem, jeśli jest dokonywana zgodnie z dobrem dziecka, a z naruszeniem przepisów proceduralnych dotyczących przysposobienia, także pozostaje zachowaniem bezkarnym, choć bezprawnym. Przyjęcie poglądu, iż możliwe byłoby podjęcie działań w obronie koniecznej w sytuacji powzięcia wiadomości o zachowaniach zmierzających do orzeczenia przysposobienia z pominięciem ośrodków. Bardzo kontrowersyjne stałoby się wówczas wskazanie granic zachowań podejmowanych w obronie koniecznej.

Powyższe rozważania wskazują na sprzeczność pomiędzy istniejącymi procedurami adopcyjnymi (uregulowanymi w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, ale także w innych powołanych przeze mnie aktach normatywnych) a opisem jurystycznym przestępstwa opisanego w art. 211a k.k. Przypomnieć też trzeba, iż opis ten jest sprzeczny z Protokołem fakultatywnym do konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii⁵⁵.

W piśmiennictwie dotychczas często podnoszono wątpliwości właśnie co do zgodności polskich uregulowań dotyczących penalizacji handlu ludźmi czy nielegalnej adopcji z regulacjami międzynarodowymi. Nie wskazywano jednak, że są one, wraz z wieloma innymi zachowaniami, elementem praktyki zastępczego macierzyństwa. Z przytoczonych w artykule względów budzi ona wiele kontrowersji. Mając na uwadze dobra, jakie podczas niej mogą uciec, w szczególności życie dziecka poczętego, przyznać trzeba, że mogłyby one zasługiwać na ochronę także prawno-

⁵³ Np. rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z 30 IX 2005 r. w sprawie ośrodków adopcyjno-opiekuńczych (Dz.U. Nr 205, poz. 1701 ze zm.); rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z 5 X 2004 r. w sprawie centralnego banku danych o dzieciach oczekujących na przysposobienie oraz ośrodków adopcyjno-opiekuńczych upoważnionych do współpracy z licencjonowanymi przez rządy innych państw organizacjami lub ośrodkami adopcyjnymi (Dz.U. Nr 223, poz. 2266).

⁵⁴ Placówki niepubliczne mogą za swoje usługi pobierać wynagrodzenie. Por. art. 83 ust. 10 i art. 84 ust. 1 ustawy o pomocy społecznej.

⁵⁵ E. Zielińska, *O zgodności polskiego ustawodawstwa karnego z Protokołem Dodatkowym do Konwencji o Prawach Dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii*, „Dziecko Krzywdzone” 2005, nr 12, s. 54.

karną⁵⁶. Brak administracyjno-prawnych czy cywilnych regulacji powoduje jednak, iż zachowania obywateli często mogą być niejednoznacznie oceniane. W przypadku zastępczego macierzyństwa jest to stan wysoce niepożądany. Badając obecny stan prawny, nie można zapominać, że prawo karne stanowi *ultima ratio*. Nie reguluje stosunków społecznych, a jedynie czuwa nad ich przestrzeganiem⁵⁷. W żadnym wypadku przekonania moralne, choćby w odczuciu społecznym słuszne, nie mogą mieć dużego wpływu na interpretację typów czynów zabronionych. Mam nadzieję, że rozpoczynająca się właśnie publiczna debata na temat regulacji praktyk medycznych wspomagania ludzkiej prokreacji rozciągnie się także na fenomen macierzyństwa zastępczego. Nie przesądzając czy poszczególne jego elementy powinny być penalizowane, trzeba podkreślić, iż na pewno domagają się regulacji prawnych, w szczególności w zakresie instytucji przysposobienia⁵⁸.

W systemach prawnych różnych państw europejskich istnieją regulacje zezwalające na zawieranie i realizowanie umów o macierzyństwo zastępcze.

⁵⁶ W tej mierze potrzebna jest jednak poważna dyskusja.

⁵⁷ W. Róbel, A. Zieliński, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 25–26.

⁵⁸ 17 III 2010 r. w Sejmowej Komisji Polityki Społecznej i Rodziny powołano podkomisję do prac nad różnymi projektami poselskimi dotyczącymi szeroko ujętej problematyki bioetycznej. Rozpoznawanych projektów jest 7. Część z nich to projekty noweli istniejących ustaw, część stanowi zaś projekty zupełnie nowych aktów prawnych. Podkomisja dotychczas opowiedziała się za odrzuceniem projektu zakazującego całkowicie tworzenia zarodków poza organizmem matki (druk sejmowy nr 3466). Część projektowanych zmian dotyczy fenomenu macierzyństwa zastępczego. Planowany art. 46d nowelizacji ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (druk sejmowy nr 2707, dostępny: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/80F0CF2763-F75BDDC12576B30030AC60/\\$file/2707.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/80F0CF2763-F75BDDC12576B30030AC60/$file/2707.pdf)) stanowi: „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, pośredniczy w zawieraniu umów o tzw. macierzyństwo zastępcze (surogacyjne), podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Zaznaczyć przy tym należy, iż projekt ten dopuszcza, w szczególnych okolicznościach, dawstwo komórek rozrodczych czy zarodków na rzecz konkretnych osób. Pozostałe projekty nowych uregulowań nie zawierają wprost przepisów karnych dotyczących zastępczego macierzyństwa. Nie oznacza to jednak projektowanej bezkarności tego typu zachowań. Każda z tych całościowych inicjatyw ustawodawczych zakłada bowiem istnienie typu przestępstwa dokonywania procedur medycznie wspomaganą prokreację wbrew przepisom ustawy. Dodatkowo wszystkie zakazują odpłatnego przekazywania komórek czy zarodków i penalizują samo dawanie ogłoszeń tego typu. Wśród projektów jest także projekt zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jednak nie dotyczy on przysposobienia, a problematyki ustalania macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zaistnienia procedur wspomagania prokreacji. Szczegółowe omówienie projektów wymagałoby osobnego opracowania. Da się jednak zauważyć tendencję do silnego ograniczenia obecnie istniejącego zjawiska macierzyństwa zastępczego.

Możliwe jest to w Wielkiej Brytanii czy np. w Izraelu⁵⁹. Z drugiej strony są kraje, które zakazują takich praktyk i przewidują za to kary kryminalne⁶⁰. Stwarza to warunki do zaistnienia turystyki macierzyńskiej. Z uwagi na, z jednej strony, brak umów międzynarodowych dotyczących zastępczego macierzyństwa, z drugiej zaś – na istnienie aktów prawnych prawa międzynarodowego dotyczących handlu ludźmi, handlu dziećmi, bioetyki i transplantologii, przyznać trzeba, że ewentualne stosowanie polskiego kodeksu karnego wobec obywatela polskiego w takiej sytuacji byłoby bardzo kontrowersyjne, o ile wręcz udałoby się znaleźć podstawę prawną do tego. Przyjęcie przedstawionych w niniejszym artykule poglądów na temat karalności i bezprawności zachowań opisywanych jako zastępcze macierzyństwo pozostawia w pewnych sytuacjach furtkę do zastosowania zasady personalnej względnej (art. 109 k.k.) przy spełnieniu warunku podwójnej karalności.

⁵⁹ M. Fras, D. Błażewicz, *op. cit.*, s. 37–40 i 62–63.

⁶⁰ *Ibid.*, s. 57.